

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 4: Schuldrecht, Besonderer Teil I §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG

Bearbeitet von

Redakteur: Prof. Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann, Die Bearbeiter des vierten Bandes: Prof. Dr. Klaus Peter Berger, Prof. Dr. Martin Franzen, Prof. Dr. Urs Peter Gruber, Prof. Dr. Peter Huber, Prof. Dr. Jens Koch, Prof. Dr. Stephan Lorenz, Dr. Christoph Andreas Weber

8. Auflage 2019. Buch. XXXII, 1912 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 72604 0

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Nachbesserung auf bestimmte Handwerksbetriebe, etwa Vertragshändler des Verkäufers, zu verweisen, die Ansprüche auf Minderung zu beschränken oder auch die Schadensersatzhaftung für Fahrlässigkeitshandlungen auszuschließen. Im Verhältnis zu einem Käufer, der Verbraucher ist, scheitern derartige Vereinbarungen an § 476 Abs. 1 S. 1, der gerade auch § 437 nennt; im sonstigen Privatverkehrsverkehr sind für Regelungen durch AGB die Beschränkungen in § 309 Nr. 8 zu beachten.¹⁹ Änderungen, die sich auf die Anwendung des § 437 beziehen, folgen aus den seit dem 1.1.2018 geltenden Regelungen über den **Rückgriff** des Verkäufers einer sich als mangelhaft herausstellenden Sache gegen seinen **Lieferanten** (§§ 445a, 445b).

Der **Zeitpunkt**, auf den für die Prüfung des **Bestehens der Gewährleistungsansprüche** 6 abzustellen ist, ist umstritten. Die Frage ist praktisch wichtig für den Übergang vom ursprünglichen Erfüllungs- auf den Nacherfüllungsanspruch, auch für den Beginn der Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche, ferner für die Feststellung, ob ein Mangel iSd § 323 Abs. 5 S. 2 unerheblich ist, was den Rücktritt ausschließt (→ Rn. 12). Nach § 434 Abs. 1 ist für das Vorliegen von Sachmängeln der Zeitpunkt des Gefahrübergangs maßgeblich.²⁰ Das Gewährleistungsrecht greift aber nicht ein, wenn es zum Gefahrübergang nicht kommt, weil der Käufer eine Sache wegen eines Mangels zurückweist, wofür es allerdings auf die Behebbarkeit und die Erheblichkeit des Mangels ankommt (→ Rn. 16). Mängel, die vor Gefahrübergang auftreten, begründen keine Gewährleistungsansprüche, sondern verletzen den auf Mangelfreiheit gerichteten Erfüllungsanspruch, so dass allgemeines Leistungsstörungsrecht eingreift (→ § 434 Rn. 42), was auch für die Anwendung der Regelverjährung gilt. Durch die Möglichkeit, im Rahmen des § 323 Abs. 4 vor Fälligkeit, damit auch vor Gefahrübergang, zurückzutreten, soll dem Käufer in den danach einschlägigen Fällen erspart werden, den Gefahrübergang abzuwarten, ehe er Gewährleistungsansprüche erheben kann. Das sollte besonders beim Gefahrübergang gemäß § 447 gelten, den der Käufer nicht verhindern kann, so dass es unangemessen wäre, ihn schon zu diesem Zeitpunkt auf die Gewährleistungsansprüche zu beschränken.²¹ Allerdings will eine Gegenansicht²² generell auf den Zeitpunkt gemäß § 363 abstellen, also auf die Annahme der Kaufsache als Erfüllung, weil erst hiernach Restriktionen des Erfüllungsanspruchs gerechtfertigt seien. In der Tat würde dann mit dem Zeitpunkt der Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts auch die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln auf den Käufer verlagert, während bei Abstellen auf den Gefahrübergang Differenzierungen zwischen Hol- und Bringschuld auf der einen und Schickschuld auf der anderen Seite hingenommen werden müssen, die darin bestehen, dass bei der Letzteren der Käufer nicht ohne weiteres durch Zurückweisung der Sache den Gefahrübergang verhindern kann. Dennoch ist dieser Ansicht zu folgen, da das Element der Billigung der Ware durch den Käufer, das in der Heranziehung des § 363 enthalten ist, zwar für die Beweislastverteilung, aber weniger für die Verdrängung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts durch die Gewährleistungsregeln passt, für die ein fester, mit dem für die Bestimmung des Mangels übereinstimmender Zeitpunkt praktikabel ist.²³ Das würde erst recht gelten, wenn man in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL schon für die Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts an eine „Ablieferung“ anknüpfen und diese als Pflichterfüllung unter Billigung des Käufers definieren wollte.²⁴ Dass die „Ablieferung der Sache“ in § 438 Abs. 2 als der für den Verjährungsbeginn maßgebliche Zeitpunkt bestimmt ist, verschiebt die Gewichte so lange nicht, als man darunter im Wesentlichen dasselbe versteht wie unter dem Gefahrübergang, freilich mit der Ausnahme, dass der Zeitpunkt der Auslieferung an die Transportperson hier nicht in Betracht kommt.²⁵ Deshalb wird für diesen Fall auch auf die Möglichkeit des Käufers abgestellt, die Ware zu überprüfen,²⁶ obwohl auch dieser Zeitpunkt unsicher sein kann.

Gegen die **Richtlinienkonformität** könnte sprechen, dass Art. 3 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL auf den Zeitpunkt der Lieferung abstellt, womit die tatsächliche Übergabe gemeint sein dürfte. 7

¹⁹ Unwirksam ist eine AGB-Bestimmung, nach der der Käufer seine Gewährleistungsansprüche verliert, wenn er den Kaufgegenstand nicht vor dem Kauf untersucht und Erkundigungen bei Voreigentümern einholt, OLG Celle VuR 2003, 176.

²⁰ P. Huber NJW 2002, 1005; *Canaris* Karlsruher Forum 2002, 72; Jauernig/*Berger* Rn. 30; *PWW/Schmidt* Rn. 3.

²¹ So wohl auch Erman/*Grunewald* Vor § 437 Rn. 4.

²² BeckOGK/*Höpfner* Rn. 9; *Reinicke/Tiedtke* KaufR. Rn. 399.

²³ Deshalb ist auch der Ansicht von *Ernst* FS U. Huber, 2006, 165 (195), nicht zu folgen, nach der es nicht auf einen vorbestimmten Zeitpunkt ankommt, sondern auf die Möglichkeit zur Feststellung der Mangelhaftigkeit.

²⁴ So *Oetker/Maultzsch* VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 151 ff.; dagegen aber *Canaris* Karlsruher Forum 2002, 72 f.; anders unter Hinweis auf das Werkvertragsrecht BeckOGK/*Höpfner* Rn. 10.

²⁵ So zum früheren Recht BGHZ 60, 5 = NJW 1973, 198; für das geltende Recht ebenso *Canaris* Karlsruher Forum 2002, 72.

²⁶ Erman/*Grunewald* Vor § 437 Rn. 4.

Allerdings ist wohl auch bei der Interpretation dieser Bestimmung deutlich geworden, dass es beim Versendungskauf nur auf die Aushändigung durch die Transportperson ankommen kann.²⁷ Die Kaufrechts-RL wollte in Anlehnung an das CISG nicht den Gefahrübergang regeln, weil dieser mit der Eigentumsübertragung zusammenhängt, der sich jeweils nach unvereinheitlichtem Recht richtet; nach Erwägungsgrund 14 Verbrauchsgüterkauf-RL²⁸ sollten aber andererseits wegen der Maßgeblichkeit der „Lieferung“ die Mitgliedstaaten nicht dazu gezwungen sein, ihre diesbezüglichen Normen anzupassen. Die Gefahr, dass die deutsche Regelung, indem sie auf den Gefahrübergang abstellt, als richtlinienwidrig betrachtet werden könnte,²⁹ ist hinzunehmen, wenn erreicht werden soll, dass ein Untergang oder eine Verschlechterung der Ware vor der Lieferung die Zahlungspflicht des Käufers nicht unberührt lässt. Dennoch bleibt in diesem Punkt eine gewisse Unsicherheit, zumal das deutsche Recht in § 474 Abs. 2 gerade für den Verbrauchsgüterkauf die Anwendung des § 447 ausschließt (→ Vor § 474 Rn. 15). Die Probleme schwächen sich ab, wenn der Begriff der „Lieferung“ iSd § 446 interpretiert wird, was auch den Einklang mit der Verjährungsregelung in § 438 herstellen würde.³⁰

II. Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit

- 8 **1. Überblick.** Da § 437 eine Verweisungsnorm ist (→ Rn. 1), kann eine Darstellung nur in Verbindung mit dem jeweils einschlägigen Normenkomplex des allgemeinen Leistungsstörungenrechts erfolgen; zur Minderung s. § 441. Das gilt auch für den Anspruch auf Nacherfüllung, der zu §§ 439, 440 darzustellen ist, einschließlich der Frage, ob bei Unmöglichkeit einer Nachbesserung und Unzumutbarkeit (aus der Sicht des Käufers) einer Nachlieferung der Verkäufer wenigstens eine mögliche Ausbesserung der Sache schuldet.³¹ Die Hinweise in Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 1 Nr. 3 vor allem auf § 281 Abs. 1 S. 1, § 323 Abs. 1 bedeuten, dass der Käufer vor Ausübung des Rücktritts oder Erhebung von Schadensersatzansprüchen dem Verkäufer eine angemessene **Frist zur Nacherfüllung** setzen muss; dieser Vorrang der Nacherfüllung entfällt aber, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. Eine Nachfristsetzung ist auch unzumutbar, wenn der Verkäufer sich weigert, die Kaufsache auf vom Käufer gerügte, auch nur sporadisch auftretende sicherheitsrelevante Mängel (hängenbleibendes Kupplungs pedal) hin zu untersuchen.³² Der Käufer kann dann aber auch die Nacherfüllung einklagen.³³ Die nach dem Wortlaut des § 439 dem Käufer freigestellte Wahl zwischen Nachlieferung und Nachbesserung unterliegt gewissen Modifikationen. So muss eine geforderte Nachbesserung praktisch möglich sein (→ § 439 Rn. 21) und darf nicht nach § 439 Nr. 3 wegen Unverhältnismäßigkeit wirksam abgelehnt worden sein, was in den Fällen der manipulierten Abgassoftware (→ § 434 Rn. 63 a) etwa die Forderung betreffen kann, ein mangelfreies Fahrzeug aus einer neuen Serie zu liefern. Auch ist stets zu prüfen, ob der Mangel, wenn er jedenfalls in absehbarer Zeit behoben werden kann, nicht als unerheblich anzusehen ist und daher ein Rücktritt, der sonst bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung in Betracht kommt, doch ausgeschlossen ist, was aber Minderung sowie Ansprüche auf Schadensersatz nicht ausschließt³⁴ (näher → Rn. 20). Die Maßstäbe für die Angemessenheit der Nachfristsetzung sind in → § 323 Rn. 70 näher zu behandeln (s. auch → § 437 Rn. 12), müssen aber auch die Anforderungen an die Möglichkeit und Verhältnismäßigkeit einer Nachbesserung berücksichtigen (→ § 439 Rn. 12), in diesem Zusammenhang dann auch die Tatbestände der (ausnahmsweisen) Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung. Diese Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts haben in zahlreichen Instanurteilen zu den Abgasfällen dazu geführt, dass die meist im Vordergrund stehende Rückabwicklung des Kaufvertrages nach Rücktritt abgelehnt und der Käufer auf den Nachbesserungsanspruch verwiesen wurde (näher → Rn. 10).³⁵ Zur Taug-

²⁷ Grundmann/Bianca/Grundmann EU-KaufRL Art. 3 Rn. 12.

²⁸ S. die englische Fassung, Official Journal L 171/07/07/1999, 12 ff.; auch abgedruckt bei NK-BGB/Pfeiffer EU-KaufRL Vor Art. 1.

²⁹ IdS wohl *Canaris* Karlsruher Forum 2002, 72.

³⁰ Damit wäre auch Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL hergestellt, *Canaris* Karlsruher Forum 2002, 73, der auf die „Lieferung des Verbrauchsguts“ abstellt.

³¹ Näher → § 439 Rn. 10, 11; → § 439 Rn. 17, 18 auch zu der Frage, inwieweit der Anspruch auf Nacherfüllung die Kosten für einen Ausbau der mangelhaften und den Einbau nachgelieferter Waren umfasst.

³² BGH NJW 2017, 153 mAnM *Mankowski* mit dem Hinweis, dass dann der Käufer das Risiko trägt, dass sich bei der Untersuchung herausstellt, dass die Kaufsache in Ordnung ist, so dass Gewährleistungsansprüche entfallen; ferner könne der Verkäufer seine Aufwendungen unter den Voraussetzungen der § 683 S. 1, § 677, § 670 ersetzt verlangen.

³³ S. den Fall BGH NJW 2014, 213; zu den Anforderungen an die Ernsthaftigkeit dieser Weigerung BGH NJW 2006, 1195; *Höpfner* NJW 2014, 215.

³⁴ Erman/H.P. Westermann § 323 Rn. 27.

³⁵ Übersicht über die Judikatur bei *Ring* NJW 2016, 3122, hauptsächlich unter Hinweis auf LG Frankfurt BeckRS 2016, 08996; LG Münster DAR 2016, 274; LG Bochum DAR 2016, 272; inzwischen besonders LG Braunschweig BeckRS 2017, 123410; LG Braunschweig BeckRS 2017, 112762; näher auch *Witt* NJW 2017, 3681 f.

lichkeit eines Nacherfüllungsverlangens wird auch gefordert, dass der Käufer die beanstandete Kaufsache zur Untersuchung durch den Verkäufer bereithält, was weitgehend vom Erfüllungsort für die Nacherfüllung abhängt (→ § 439 Rn. 9). Auch in Bezug auf das Rücktrittsrecht und die verschiedenen Schadensersatzansprüche treten noch besondere Fragen auf, **wenn ein Mangel schon bei Vertragsabschluss vorhanden** war. Das hat auf die Gültigkeit der Primärverpflichtung des Verkäufers nach § 311a Abs. 1 keinen Einfluss, führt aber zu einer besonderen Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs des Käufers (§ 311a Abs. 2). Auch sonst wirkt das Erfordernis des Vertretenmüssens gerade insoweit, als es um die Verantwortlichkeit des Verkäufers für Mängel der Sache geht, einige besondere Fragen auf, die zwar mit dem allgemeinen Maßstab der §§ 276, 278 zu bewältigen sind, aber differenzierter Betrachtung bedürfen (→ Rn. 23 ff.). Zu behandeln ist schließlich die einredeweise Geltendmachung von Gewährleistungsrechten (→ Rn. 22).

2. Rücktrittsrecht des Käufers. a) Voraussetzungen und Ausübung des Rücktrittsrechts. Der Käufer kann nach Fristsetzung zur Nacherfüllung zurücktreten, wenn die Frist erfolglos abgelaufen ist; zu den Folgen einer Weigerung des Verkäufers, die vom Käufer gewählte oder die bei Ausfallen der freien Wahl mögliche Alternative der Nacherfüllung zu erbringen, → § 439 Rn. 26. Voraussetzung ist das Bestehen eines Sach- oder Rechtsmangels, ohne dass es auf Vertretenmüssen des Verkäufers ankommt;³⁶ freilich darf die Gewährleistung nicht nach § 442 Abs. 1 wirksam ausgeschlossen sein. Grundlage des Rücktrittsrechts ist § 323. In diesem Rahmen handelt es sich um den Fall der **nicht vertragsgemäßen Leistung**; wenn die geschuldete Nacherfüllung nicht fristgemäß erfolgt, könnte der Rücktritt auch auf die andere Alternative der Nichtleistung gestützt werden, doch ändert sich dadurch im Rahmen des § 323 Abs. 1 Alt. 2 als der Anspruchsgrundlage nichts an dem Erfordernis eines Mangels im maßgebenden Zeitpunkt (→ Rn. 6).³⁷ Ist nach Vertragsschluss ein **unbehebbarer Mangel** aufgetreten, so ist der Verkäufer nach § 275 Abs. 1 von der Nacherfüllungspflicht frei, das Rücktrittsrecht des Käufers folgt dann aus § 326,³⁸ ohne dass es darauf ankommt, ob Nacherfüllungs- und Zahlungsanspruch im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. War ein unbehebbarer Mangel schon bei Vertragsschluss vorhanden, so richten sich die Rechtsfolgen nach **§ 311a**. Soweit der Verkäufer nach der Lieferung eines **aliud** (→ § 434 Rn. 44, 45) die ihm obliegende Nacherfüllungspflicht nicht erfüllt, besteht ebenfalls das Rücktrittsrecht des Käufers. Zu den Voraussetzungen des Rücktrittsrechts des Käufers gehört nach § 323 Abs. 1 S. 1 ferner die **Fälligkeit** seines Anspruchs aus § 433, doch kann der Käufer unter den Voraussetzungen des § 323 Abs. 4 auch schon vorher zurücktreten, insbesondere dann, wenn der Verkäufer schon vor der Lieferung einen ihm bekannten Mangel abzustellen oder eine andere Sache zu liefern endgültig verweigert hat. Hierfür muss allerdings feststehen, dass bei Gefahrübergang ein Sachmangel unvermeidbar vorhanden sein wird, und dass der Verkäufer nicht das Recht haben wird, die Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 zu verweigern. Auch hier darf es sich nicht um einen den Rücktritt ausschließenden unerheblichen Mangel iSd § 323 Abs. 5 S. 2 handeln (→ § 323 Rn. 267). Zum **Zurückweisungsrecht** des Käufers und zu seinem Leistungsverweigerungsrecht → Rn. 22.

Wie zu § 323 muss durch die Erhebung des Nacherfüllungsanspruchs dem Schuldner deutlich **10** werden, dass ein erfolgloser Fristablauf für ihn ernste Folgen haben kann, ohne dass diese jedoch näher bezeichnet werden müssen. Die Nachfrist muss **angemessen** gewesen sein. Das ergibt sich nicht aus § 437, sondern gehört nach § 323 Abs. 1 zu den Voraussetzungen des Rücktritts, ohne dass insoweit ein Unterschied zwischen einer Schlecht- oder einer Nichterfüllung besteht. Ein Problem der Richtlinienkonformität des Erfordernisses einer Nachfristsetzung durch den Käufer ergibt sich daraus, dass die Verbrauchsgüterkauf-RL nur den Ablauf einer angemessenen Nachfrist fordert, nicht aber ihre Bestimmung durch den Käufer. Da aber der Verkäufer vom genauen Inhalt des Nacherfüllungsverlangens Kenntnis erhalten muss, bedarf es jedenfalls einer **Erklärung des Käufers**, die er aber nicht ohne weiteres abgeben wollen, wenn und solange er nicht weiß oder wissen kann, ob und in welcher Zeit eine Nachbesserung, wenn er sich hierfür entscheidet, möglich ist, und ob er eine Nachlieferung überhaupt verlangen kann. An sich muss eine Reparatur oder eine sonstige Nachbesserung im Interesse des Käufers kurzfristig geschehen, wobei ein objektiver Maßstab zugrunde zu legen ist³⁹ (→ § 323 Rn. 245 ff.). In den Fällen der Manipulation der Abgassoftware ist sodann zu berücksichtigen, dass der Käufer das Fahrzeug, solange er nicht eine Aufforderung des Kraftfahrtbundesamtes zur Beteiligung an einer Rückrufaktion des Herstellers unbeachtet gelassen hat,⁴⁰ jedenfalls vorläufig weiter nutzen kann, während der Verkäufer eine

³⁶ Palandt/Weidenkaff Rn. 22; PWW/Schmidt Rn. 20.

³⁷ Ähnlich Bamberger/Roth/Faust Rn. 12; Soergel/Gsell § 323 Rn. 38 ff.

³⁸ So auch Lorenz NJW 2013, 1341 (1343).

³⁹ BGH NJW 1982, 1979.

⁴⁰ Dazu ADAC-Motorwelt September 2017, 16.

Umrüstung des Fahrzeugs, die auch keinerlei Beeinträchtigung der Fahrtauglichkeit nach sich ziehen darf, regelmäßig nur in Anwendung eines vom Hersteller entwickelten, wahrscheinlich auch finanzierten allgemeinen Konzepts der diese Fälle erledigenden Nach- oder Umrüstung wird leisten können – dies ist so lange Zeit nach der Aufdeckung des sog. Diesel-Skandals ein erheblicher Unsicherheitsfaktor, zumal auch die zuständigen Behörden ein solches Konzept gebilligt haben müssen. So spricht viel dafür, mit einigen der Instanzgerichte dem Verkäufer Zeit für eine (Millionen von Fällen erfassende) Problemlösung einzuräumen,⁴¹ was allerdings durch eine mögliche Verjährung der Gewährleistungsansprüche gefährdet ist, so dass der Käufer sich um einen Verjährungsverzicht des Verkäufers bemühen muss. Die zur Fristsetzung im allgemeinen Leistungsstörungsrecht entwickelten Sätze, etwa der, dass die Frist nicht dazu dienen kann, noch sämtliche zur Erfüllung notwendigen Handlungen vornehmen zu können,⁴² ferner, dass der Gläubiger feste Terminangaben machen und einen Endzeitpunkt bestimmen müsse, werden auch sonst nicht ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, etwa bei komplizierten Werkleistungen, angewendet und sollten auch hier die Besonderheiten der Tatsachenlage nicht verdrängen. Im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs muss eine richtlinienkonforme Auslegung ohne die „Setzung“ der Frist durch den Käufer gefunden werden (→ Vor § 474 Rn. 15). Wohl kann der Käufer nach § 326 Abs. 5 zurücktreten, wenn die Nachbesserungskosten im Vergleich zum Zeitwert der Kaufsache so unverhältnismäßig hoch sind, dass von wirtschaftlicher Unmöglichkeit iSd § 275 Abs. 2 auszugehen ist, allerdings muss sich der Verkäufer darauf berufen haben; der Käufer hat dann auch ein Leistungsverweigerungsrecht.⁴³ Außerhalb dessen kann es beim Erfordernis der Nachfristsetzung bleiben.⁴⁴ Bei Mängeln gilt noch eine Besonderheit insofern, als nach § 440 Abs. 1 nach einer Verweigerung oder einem Fehlschlagen der Nacherfüllung § 440 S. 1 eine Nachfristsetzung entbehrlich ist (→ § 440 Rn. 9, 10, auch zu der Frage, ob der Käufer schon vor einem Fehlschlagen der Nacherfüllung iSd § 440 zurücktreten kann). Sodann kann bei der Verursachung von **Mangelfolgeschäden** im Vermögen des Käufers, die auch neben einem Rücktritt geltend gemacht werden können (→ Rn. 28), schon von der Art der Pflichtverletzung und des Schadens her eine Nachfristsetzung überflüssig und sinnlos sein.

- 11 Nach Ablauf der Nachfrist kann der Käufer **zurücktreten**, er muss es aber nicht, kann vielmehr auch nach wie vor auf Erfüllung bestehen und hat diesen Anspruch so lange, bis er Schadensersatz verlangt hat (§ 281 Abs. 4). Das Rücktrittsrecht **erlischt** nicht durch Zeitablauf, wohl aber durch **Verzicht**. Ein Erlöschen des Rücktrittsrechts nach § 350 kommt nicht in Betracht, da diese Vorschrift nur für vertragliche Rücktrittsrechte gilt. Wenn nach Ablauf der Frist der Verkäufer liefern oder nachbessern will, braucht sich der Käufer hierauf nicht mehr einzulassen, er muss sich allerdings, um für den Verkäufer Klarheit zu schaffen, über Rücktritt oder Schadensersatz erklären,⁴⁵ Die Annahme, dass der Primärleistungsanspruch entweder durch Erfüllung oder auf Grund von Rücktritt oder Schadensersatzverlangen erlösche, ist nicht das letzte Wort, da dann, wenn der Mangel innerhalb der gesetzten Frist behoben wurde, das Festhalten des Käufers, der der Beseitigung zugestimmt hatte, an einem vorher erklärten Rücktritt **treuwidrig** erscheint.⁴⁶ Allerdings erlischt das Rücktrittsrecht nach fristgemäßer Beseitigung des Mangels auch dann, wenn es wegen arglistigen Verhaltens des Verkäufers einer Fristsetzung gar nicht bedurft haben würde.⁴⁷ Allerdings erlischt das Rücktrittsrecht durch **einseitige Erklärung** des Käufers gegenüber dem Verkäufer (§ 349), die unter Umständen

⁴¹ So etwa LG Frankfurt BeckRS 2016, 32; LG Münster DAR 2016, 274; für eine Frist, die es dem Verkäufer ermöglicht, zunächst eine Problemlösung zu entwickeln, LG Frankenthal BeckRS 2016, 08996; OLG Nürnberg, BeckRs 2018, 99 unter Verweis auf die beim Rücktritt angefallene Rückrufaktion von VW; allg. zust. *Ring* NJW 2016, 3123; s. auch *Witt* NJW 2017, 3684.

⁴² S. etwa BGH NJW 1982, 1280; 2010, 2200; Erman/*H.P. Westermann* § 281 Rn. 13.

⁴³ BGH JZ 2013, 419 (422); Bedenken dagegen bei *Gsell* JZ 2013, 423 f.; Nachfristsetzung nur entbehrlich, wenn der Verkäufer die Leistungsschwerung nicht zu überwinden bereit ist.

⁴⁴ *Koch* JZ 2006, 277 (283 f.); Bamberger/*Roth/Faust* Rn. 18; anders *Lorenz* NJW 2005, 1889 (1894); *PWW/Schmidt* Rn. 23; einen Richtlinienverstoß bejahen *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1410 (1418); *Mayer/Schürnbrand* JZ 2004, 545 (552); Bamberger/*Roth/Faust* Rn. 17; gegen die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung außerhalb des Bereichs des Verbrauchsgüterkaufs *Reinicke/Tiedtke* KaufR Rn. 462 ff.; Bamberger/*Roth/Faust* Rn. 18; zur Fristsetzung zur Nacherfüllung genügt die Forderung, die Kaufsache auszutauschen mit der Ankündigung, andernfalls rechtliche Schritte zu unternehmen, BGH NJW 2009, 3153; ZIP 2015, 1128.

⁴⁵ Wenn die Nacherfüllung erbracht ist und der Käufer sich hierauf eingelassen hat, wäre ein Rücktritt wirkungslos (*venire contra factum proprium*), *Oetker/Maultzsch* Vertrag/Schuldverhältnisse § 2 Rn. 276.

⁴⁶ BGH NJW 2009, 508 mAnm *Bruns* NJW 2009, 509; dazu auch *Scamel* ZGS 2009, 399 ff.; das gilt auch bei Beseitigung des Mangels durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen, die allerdings einen im maßgeblichen Zeitpunkt der Rücktrittserklärung erheblichen Mangel nicht zum unerheblichen iSd → Rn. 11 macht, BGH NJW 2010, 1805.

⁴⁷ BGH NJW 2010, 1805 mAnm *Looschelders* LMK 2010, 305065.

schon in einem Verlangen liegen kann, den Kaufpreis zurückzuzahlen.⁴⁸ Der Rücktritt hat wie die Minderung **gestaltende Wirkung**, die darin besteht, dass das Schuldverhältnis in ein Rückabwicklungsverhältnis verwandelt wird.⁴⁹ Insbesondere in den Fällen der Lieferung einer Sache mit fehlerhafter Montageanleitung kann also zunächst eine Pflicht des Verkäufers zum Aus- oder Abbau bzw. zur **Demontage** bestehen (→ § 434 Rn. 37). Ob es trotz des Charakters der Rücktritts- (wie auch der Minderungserklärung) als Gestaltungsrecht noch ein **ius variandi** des Käufers gibt, ist umstritten (→ Rn. 50).

b) Rücktrittsausschluss bei unerheblichen Mängeln. Das Rücktrittsrecht kann ausgeschlossen sein, wenn der Mangel iSd § 323 Abs. 5 S. 1 unerheblich ist. Diese der Aufrechterhaltung des Vertrags dienende Regelung betrifft in dieser Form nur den Rücktritt wegen eines Sach- oder Rechtsmangels, für den Schadensersatzanspruch des enttäuschten Käufers trifft § 281 Abs. 1 S. 3 eine verwandte Regelung insofern, als im Falle eines unerheblichen Mangels der Käufer auf den „kleinen Schadensersatzanspruch“ und die Minderung beschränkt ist⁵⁰ (hierzu und zum „großen Schadensersatzanspruch“ → § 281 Rn. 134, 144). Bei einer bloßen Teilleistung sind die Anforderungen an einen Rücktritt (§ 323 Abs. 5) etwas andere. Für die Erheblichkeit kommt es auf die Elemente des Fehlerbegriffs an, also die Beschaffenheit der Kaufsache, die optische Wahrnehmbarkeit des Fehlers, die Eignung für den objektiven oder den vom Käufer erwarteten Gebrauch, auch auf den Wert als solchen,⁵¹ wenn darüber eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen wurde. Da der Mangel eine Nacherfüllungspflicht auslöst, ist ein Gesichtspunkt zur Bestimmung der Erheblichkeit auch der **Kostenaufwand**, der zur Beseitigung erforderlich wäre, wozu auch eine problemlose Erkennbarkeit des Mangels gehört.⁵² Kürzlich wurde entschieden, dass der Käufer an Nacherfüllung durch Ersatzlieferung auch dann festhalten kann, wenn der Verkäufer während des Rechtsstreits ohne Einverständnis des Käufers eine Nachbesserung (durch korrigierte Version einer Software) unternommen hat⁵³ (s. auch → § 434 Rn. 63). Die schwere Behebbarkeit eines an sich nicht schwerwiegenden Mangels kann ihn zum erheblichen machen,⁵⁴ allerdings darf es nicht dazu kommen, dass trotz unzumutbarer Belastungen, die die Beseitigung eines erheblichen Mangels verursachen würde, der Käufer, dem mit einer Minderung genügt wäre, den Mangel zur Lösung aus dem Vertrag, der ihn aus anderen Gründen reut, benutzt; ihm bleibt aber das Minderungsrecht. Das kann auch bei einem unbehebbar Bagatellmangel zutreffen, der keine Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit verursacht.⁵⁵ Die Nutzung der Kaufsache während einer nicht unbedingt ganz kurzen Zeit lässt einen Rücktritt nicht ohne weiteres als treuwidrig erscheinen (→ Rn. 17). Zu entsprechenden Kriterien bei Anwendung des § 439 Abs. 3 → § 439 Rn. 27.

Ob ein Mangel iSd § 323 Abs. 5 S. 2 unerheblich ist, ist nach dem Zeitpunkt der Rücktrittserklärung zu beurteilen (zu dem für das Vorliegen des Mangels maßgeblichen Zeitpunkt → Rn. 6); die Rspr.⁵⁶ ergänzt dies durch die Maßgabe, dass dann, wenn zu diesem Zeitpunkt die Mangelursache trotz stattgehabter Nachbesserungsversuche nicht entdeckt und folglich nicht absehbar ist, ob und mit welchem Aufwand der Mangel beseitigt werden kann, ein im Zeitpunkt des Rücktritts erheblich erscheinender Mangel nicht deshalb geringfügig wird, weil sich herausstellt, dass er mit verhältnismäßig geringem Aufwand zu beheben war;⁵⁷ dafür spricht auch, dass wegen der Möglichkeit, vor Ausübung des Rücktrittsrechts eine Mangelbeseitigung zu versuchen, nicht auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abgestellt werden kann.⁵⁸ Ist nach der Verkehrsauffassung die Beeinträchtigung der Tauglichkeit erheblich, so schadet es nicht, dass der Fehler im Verhältnis zum Wert der Kaufsache prozentual nur eine geringfügige Minderung ausmacht.⁵⁹ Ein Umstand, über den der Verkäufer

⁴⁸ *Derleder* NJW 2004, 969 (974).

⁴⁹ BGHZ 87, 104 (109) = NJW 1983, 1479.

⁵⁰ BGHZ 167, 19 Rn. 8 = JZ 2006, 1024 mAnm *H. Roth*; BGH JZ 2015, 145 mAnm *Faust* JZ 2015, 149 und JZ 2015, 149 (150) auch zur Teilleistung.

⁵¹ BGH NJW 2009, 504; NJW-RR 2010, 1289; OLG Celle NJW-RR 2010, 356; OLG Düsseldorf NJW 2005, 2235; Palandt/*Weidenkaff* Rn. 13.

⁵² BGH BB 1957, 92; NJW 1959, 1586; s. auch Begr. RegE, BT-Drs. 14/6040, 140, 187; zuletzt BGH NJW 2013, 1523.

⁵³ BGH ZIP 2018, 2272.

⁵⁴ R.G. WarnRspr 1912 Nr. 299; abschwächend BGH NJW 2008, 1517 Rn. 22; *Faust* JZ 2015, 151.

⁵⁵ OLG Düsseldorf NJW 2005, 2235 f. betr. geringfügige, 1,7 mm und 1,8 mm ausmachende Überstände der Vorder- und Seitenkanten des Fahrzeugs gegenüber der Türkante; in diese Richtung auch *Erman/Grünevald* Rn. 7; *Bamberger/Roth/Faust* Rn. 26. Zur Minderung wegen unverhältnismäßiger Kosten einer Mängelbeseitigung BGH ZIP 2014, 1533 und dazu *Keil* EWiR 2014, 651.

⁵⁶ BGH NJW 2009, 508; 2011, 1664.

⁵⁷ BGH NJW 2011, 2872; 2011, 3708; s. auch BGH ZIP 2018, 2272.

⁵⁸ *Höpfner* NJW 2011, 3693 (3695).

⁵⁹ RGZ 131, 343 (345); RG JW 1905, 339; LG Regensburg NJW-RR 89, 972; BGH NJW 2005, 3493; auch zu den Anforderungen des Käufers an ein „Prestigeobjekt“ LG Karlsruhe NJW-RR 2005, 1368.

arglistig getäuscht hat, ist stets erheblich,⁶⁰ auch ein Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung indiziert Erheblichkeit.⁶¹ In den **Abgas-Fällen** hat dieser Aspekt schon verschiedentlich zu einer Versagung des Rücktrittsrechts geführt.⁶² Das ist mit dem Verhältnis der Kosten für das Installieren eines Software-Updates zum Kaufpreis des Fahrzeugs begründbar; der heftige Ärger der Käufer und der Vertrauensverlust der Kundschaft gegenüber der Marke oder dem Hersteller können gewöhnlich nicht dem Händler angelastet werden,⁶³ was aber im Rahmen der Musterfeststellungsklagen anders gesehen werden dürfte. Die schon für § 323 Abs. 5 S. 2 heute maßgeblichen **Prozentsätze** können auch hier herangezogen werden; wichtig bleibt aber, dass auch ein an sich unerheblicher Mangelunwert voll erstattet wird,⁶⁴ wobei es auf den Zeitpunkt des Rücktrittsverlangens ankommt.⁶⁵

- 14 Höchstrichterlich entschieden ist jetzt, von welchem **Prozent** des Kaufpreises für die Erheblichkeit auszugehen ist. Frühere Einschätzungen, wonach ein nicht mehr als 3% ausmachender Mangel, wenn er nicht eine absolut beachtliche Höhe erreicht, unerheblich ist,⁶⁶ sind durch die neue Sicht des BGH überholt, der bei einem behebbaren Mangel – unter Bezugnahme auf die Regelung in § 323 Abs. 5 S. 2 – Unerheblichkeit nicht mehr annimmt, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand mehr als 5% des Kaufpreises ausmacht, was freilich hinter der im Recht der Leistungsstörungen durchgesetzten Wertung unerheblicher Pflichtverletzungen zurückbleibt,⁶⁷ die aber jetzt wohl auch zu ändern sein wird. Bei hochwertigen Kaufsachen muss sich der Käufer auf erhebliche Aufwendungen daher nicht einlassen, die Ansprüche sind aber in diesem Zusammenhang auch bei Gebrauchtfahrzeugen hoch.⁶⁸ Danach wird heute eine Abweichung etwa des Benzinverbrauchs von der Herstellerangabe um 10% nicht mehr als unerheblich zu qualifizieren sein.⁶⁹ Auch dass der Käufer eines neuen Hauses vorübergehende Baufeuchtigkeit sollte hinnehmen müssen,⁷⁰ überzeugt unter heutigen technischen und ökologischen Bedingungen nicht mehr, zumal damit der Verdacht weiterer Schäden verbunden sein kann. Erheblich ist beim Hauskauf Ungezieferverdacht.⁷¹ Der reine **merkantile Minderwert**, den eine Sache durch einen Mangel auch nach seiner Beseitigung behält, kommt ebenfalls in Betracht, auch wenn technische Beschränkungen der Gebrauchstauglichkeit nicht bestehen.⁷² Nach einer korrekten Nachbesserung durch ein anerkanntes Software-Update dürfte, wenn hierdurch nicht weitere Mängel verursacht wurden, ein solcher Minderwert nicht zu befürchten sein.⁷³ Bei **mehreren Mängeln** kommt es auf die Gesamtwirkung und -berechnung an,⁷⁴ wobei nur die noch nicht behobenen in Betracht kommen.⁷⁵ Eine Garantie des Verkäufers wird unter Umständen dazu führen, dass höhere Ansprüche gestellt werden können,⁷⁶ doch ist mit

⁶⁰ BGH NJW 2006, 1960 m. zust. Anm. *Saenger* BGHR 2006, 826 und *Andrae* DAR 2006, 450 f.; s. auch *Bamberger/Roth/Faust* Rn. 27; *Erman/Grünwald* Rn. 6; aA *Roth* JZ 2006, 1026; zu den Rücktrittsfolgen bei Arglist näher *Derleder* NJW 2004, 969 (974); zu den sonstigen Behelfen des Käufers näher *Lorenz* NJW 2006, 1925 (1926 f.).

⁶¹ BGH NJW 2013, 1365.

⁶² LG Bochum DAR 2016, 272; LG Münster DAR 2016, 274; zur Heranziehung sämtlicher Umstände des Einzelfalls aber BGH JZ 2015, 145; Übersicht über die Judikatur bei *Witt* NJW 2017, 3684.

⁶³ LG Bochum DAR 2016, 272; zust. *Ring* NJW 2016, 3124.

⁶⁴ *Erman/H.P. Westermann* § 281 Rn. 9.

⁶⁵ BGH NJW 2011, 1605; OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, 1199.

⁶⁶ BGH NJW 2005, 3490 (3493) – 1%; 2009, 1517; KG NJW-RR 1989, 972 – weniger als 3%; ebenso BGH ZIP 2011, 1824 = NJW 2011, 2872 – Nachbesserungskosten betragen nicht mehr als 1% des Kaufpreises; zu den absolut hohen Aufwendungen KG NJW-RR 1989, 972; s. auch OLG Hamm NJW-RR 1988, 1461. Zur Erheblichkeit einer 4% überschreitenden Wertminderung BGH ZIP 1996, 600. Zu den absolut hohen Aufwendungen KG NJW-RR 1989, 972; s. auch OLG Hamm NJW-RR 1988, 1461.

⁶⁷ BGH NJW 2014, 3229 m. im Wesentlichen zust. Anm. *Peters* NJW 2014, 3234; zu dem Urteil auch *Gsell* EWiR 2014, 585; zur Maßgeblichkeit der 5%-Grenze BGH JZ 2015, 146 mit Ausführungen zur Gesetzesgeschichte und zur Richtlinienkonformität; zum letzteren zweifelnd Anm. *Faust* JZ 2015, 152.

⁶⁸ So OLG Saarbrücken MDR 2006, 227 bei Formunbeständigkeit der Innenverkleidung der vorderen Fahrzeugtüren; großzügiger BGH NJW 2007, 2112 – 10%ige Abweichung im Kraftstoffverbrauch; dazu auch *Lorenz* DAR 2007, 506.

⁶⁹ Anders noch LG Aachen MDR 1992, 231; zweifelhaft die abl. Haltung von LG Stuttgart NJW-RR 1989, 1083 zu störenden Auspuffgasen eines Katalysator-Autos; anders jetzt BGHZ 132, 55 (62) = NJW 1996, 1337.

⁷⁰ RG JW 1933, 1387.

⁷¹ KG JW 1933, 921. Anders für den Fall, dass die Wertminderung nur 1,63% ausmacht, KG NJW-RR 1989, 972 f.

⁷² BGH NJW 2008, 1517; OLG Nürnberg BB 1959, 137.

⁷³ *Ring* NJW 2016, 3124.

⁷⁴ RG JW 1933, 1388; KG NJW-RR 1989, 972; *Bamberger/Roth/Faust* Rn. 26; *Erman/Grünwald* Rn. 6.

⁷⁵ OLG Hamm BeckRS 2008, 20190.

⁷⁶ Begr. RegE, Drs. 14/6040, 232; der Entwicklung der Praxis zum Verständnis von Zusicherung und Garantie zust. BGH NJW 2007, 1346.

der Auslegung insofern Vorsicht geboten, als eine bloß auf die Verschuldensunabhängigkeit der Haftung zielende Erklärung hier nicht in Betracht kommt, anders als bei einer Erklärung iSd § 443. Auch bei einem an sich unerheblichen Mangel ist den Abgasfällen überlegt worden, ob dem Käufer ein Rücktritt auch ohne Fristsetzung wegen arglistigen Verschweigens des Mangels auf Verkäuferseite zugestanden werden muss.⁷⁷ Das würde im Verhältnis zu einem verkaufenden Händler aber voraussetzen, dass der Verkäufer für ein Fehlverhalten des Herstellers als seines Erfüllungsgehilfen einzustehen hat oder sich wenigstens dessen Wissen zurechnen lassen muss,⁷⁸ was bei einer rein schuldrechtlich konzipierten, nicht vom Hersteller dominierten Vertragshändlerbeziehung kaum anzunehmen ist.⁷⁹ Also bleibt es doch dabei, dass der Käufer sich auf eine technisch mögliche Nachbesserung einlassen muss. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass etwa das LG München I⁸⁰ einem Käufer gegenüber dem Vertragshändler die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung seitens der Herstellerin durch objektiv unrichtige Angaben zum Schadstoffausstoß zugebilligt hat. Der Vertragshändler war über Beteiligungen mit der Gruppe der Herstellerin verbunden, der Käufer hatte die Meinung vertreten, der Hersteller sei eine „hundertprozentige Konzerntochter“, was das Gericht übernahm. Das wurde dann auch noch mit Rechtsscheinsgesichtspunkten begründet, man könnte aber auch⁸¹ mit Blick auf § 123 Abs. 2 S. 1 das täuschende Konzernunternehmen nicht als „Dritten“ im Sinne dieser Vorschrift betrachten, da dieses Unternehmen „im Lager“ des Erklärungsempfängers, nämlich des Händlers, stand. Dennoch bleibt die Zurechnung von Verhaltensweisen irgendeines Konzernunternehmens zu einer anderen Tochter- bzw. Einzelgesellschaft problematisch.

Beim Verkauf **mehrerer Sachen** durch einen einheitlichen Vertrag ist bei Mangelhaftigkeit nur einzelner Sachen die ratio des § 323 Abs. 5 S. 1 einschlägig, da der Käufer eben nur teilweise erhalten hat, was ihm zustand; er kann also vom ganzen Vertrag zurücktreten, wenn er an den empfangenen Sachen allein kein Interesse hat;⁸² andernfalls wäre ihm Rücktritt nur bezüglich des ausgebliebenen Teils der Leistung möglich. Die Frage berührt sich allerdings mit der auch sonst problematischen Auslegung des § 323 Abs. 5 bei „Teil-Schlechtleistungen“. Der Gesetzgeber wollte wegen der Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen Teil- und Gesamtschlechtleistung einen Gesamtrücktritt wegen der Schlechterfüllung nur einzelner Teileleistungen nicht, während im wissenschaftlichen Schrifttum ein Recht zum Teilrücktritt bejaht und ein Gesamtrücktritt unter den Voraussetzungen des § 323 Abs. 5 S. 1 für möglich gehalten wird.⁸³ Das ist zunächst auch eine Frage der Anwendung der Verbrauchsgüterkauf-RL, die in **Art. 3 Abs. 2, 5 und 6** dem Verbraucher ohne Unterscheidung nach dem Ausmaß der Mangelhaftigkeit bei mehreren verkauften Sachen ein Rücktrittsrecht einräumt, wenn ein nicht nur geringfügiger Mangel eines Verbrauchsguts gegeben ist. Ob man dann aber zusätzlich (iSd Verbrauchsgüterkauf-RL) danach unterscheiden soll, ob mehrere Sachen als „ein Verbrauchsgut“ geschuldet sind oder nicht, erscheint schon als allgemeine Frage unbefriedigend. Da im Kaufrecht aufgrund des § 434 Abs. 3 eine Minus-Lieferung als Mangel behandelt wird, richtet sich hier das Rücktrittsrecht nach § 325 Abs. 5 S. 2 und der Schadensersatzanspruch nach § 281 Abs. 1 S. 2, womit aber noch nicht entschieden ist, ob auch eine Teilschlechtleistung nur nach § 323 Abs. 5 S. 2 zu behandeln ist. Bei wertender Betrachtung kann es eigentlich für das Interesse an einer Lösung vom Vertrag keinen Unterschied machen, ob von 98 bestellten Flaschen 12 mangelhaft sind oder gänzlich fehlen, dennoch ist die Behandlung (auch aufgrund der unbestimmten Formulierung der Verbrauchsgüterkauf-RL) streitig (→ § 434 Rn. 48). Nicht selten wird unter diesen Umständen ein Bedürfnis bestehen, mehrere zusammen gekaufte Sachen als Einheit und damit als „ein Verbrauchsgut“ zu betrachten, so bei der Lieferung von Hard- und Software oder von Computerprogrammen.⁸⁴

c) Andere Ausschlussgründe. Andere Umstände, die einen Rücktritt ausschließen, sind nach § 323 Abs. 6 die **alleinige oder weit überwiegende Verantwortlichkeit des Käufers** für den Mangel, ferner die Tatsache, dass der Umstand, ohne vom Verkäufer verschuldet zu sein, während des **Annahmeverzuges** eingetreten ist. Ähnlich nach Art. 2 Abs. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL für den Fall, dass der Mangel auf den vom Käufer gelieferten Stoff zurückgeht, auch sollten die nationalen

⁷⁷ Zu diesem Grundsatz BGH NJW 2010, 2503; 2009, 2532.

⁷⁸ BGHZ 132, 30 = NJW 1996, 1339; BGHZ 200, 337 = NJW 2014, 2183; BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837; BGHZ 181, 317 = NJW 2009, 2674.

⁷⁹ So zu den Abgas-Fällen LG Frankenthal BeckRS 2016, 08996; LG Düsseldorf BeckRS 2016, 1507.

⁸⁰ LG München I DAR 2016, 389; zust. Witt NJW 2017, 3681 (3685).

⁸¹ Ring NJW 2016, 3125.

⁸² Lorenz NJW 2006, 1925; näher Faust JZ 2015, 150.

⁸³ Grigoleit/Riehm ZGS 2002, 115 (120); Lorenz NJW 2003, 3097 (3099); zum Gesetzgeberwillen s. Begr. RegE, BT-Drs. 14/6040, 186 f. Eingehende Darstellung durch Müller-Matthes AcP 204 (2004), 732 (737 ff.).

⁸⁴ So BGH NJW 1988, 409 für Hard- und Software; ebenso OLG Köln NJW-RR 1993, 1140; CR 2000, 355; OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 1223.

Regelungen über den Gefahrübergang nicht modifiziert werden müssen; danach wird man den Rücktrittsausschluss bei alleiniger oder weit überwiegender Verantwortlichkeit des Gläubigers als maius wohl gleichbehandeln können.⁸⁵ Im Rahmen des § 326 kann eine alleinige oder weit überwiegende Verantwortlichkeit des Käufers für Mängel zum einen daraus resultieren, dass der Käufer den betreffenden Mangel verursacht hat; man muss aber auch den Umstand hierher zählen, dass ein Verhalten des Käufers für Umstände ursächlich geworden ist, die für den Verkäufer eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung iSd § 439 Abs. 3 begründen. Das ist etwas anderes als das in § 326 Abs. 2 geregelte Unmöglichwerden der Primärleistung auf Grund des alleinigen oder überwiegenden Verschuldens des Gläubigers, aber die Regelungen greifen ineinander insoweit, als in diesen Fällen der Verkäufer, der sein Recht zur zweiten Andienung nun nicht mehr ausüben kann, zwar seinerseits nicht zurücktreten kann, darüber hinaus aber trotz der Mangelhaftigkeit den Anspruch auf die Gegenleistung behält. Dies wird dadurch abgeschwächt, dass in entsprechender Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 2 der Verkäufer sich die ersparten Aufwendungen anrechnen lassen muss.⁸⁶ Zu beachten ist weiter, dass **Störungen aus der Verkäufersphäre** unter Umständen diesem als Pflichtverletzungen zugerechnet werden können, was dann auf Seiten des Schuldners ein Rücktrittsrecht auslöst. Ein Leistungsverweigerungsrecht soll ihm nicht zustehen (→ 7. Aufl. 2016, → § 323 Rn. 277; → § 323 Rn. 22). Diese Störung darf aber nicht erst nach erfolgreicher Nacherfüllung (etwa durch Reparatur) aufgetreten sein; in diesem Stadium kann der Käufer nach § 280 auch Schadensersatz verlangen, aber nicht mehr zurücktreten;⁸⁷ zur Gefahrtragung für Schäden, die während der Nachbesserung verursacht werden, → Rn. 34. Weitere Verschiebungen ergeben sich, wenn der Käufer im Hinblick auf die **Nacherfüllung in Annahmeverzug** gerät. Das kann bei Sachmängeln nicht geschehen, weil sie bei Gefahrübergang bestehen müssen, der nach § 446 S. 3 durch Annahmeverzug herbeigeführt wird, was weiter voraussetzt, dass die Sache zu diesem Zeitpunkt noch mangelfrei ist.⁸⁸ Das Problem beschränkt sich also auf **Rechtsmängel**, bei denen es für die Mangelfreiheit auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt (→ § 435 Rn. 6), so dass Annahmeverzug nur im Hinblick auf einen später aufgetretenen Mangel in Betracht kommt, dessen Nachbesserung der Verkäufer in einer Annahmeverzug begründenden Weise angeboten hat; die wichtigste Folge ist die Haftungserleichterung auf Seiten des Verkäufers (§ 300) sowie die Anwendung des § 326 Abs. 2.

- 17 Ein Ausschluss des Rücktrittsrechts des Käufers kann in Einzelfällen unter dem Gesichtspunkt des **Treuerstoßes** in Betracht kommen, wobei in erster Linie an einen Ausbau des Ausschlussgrundes der Unerheblichkeit des Mangels in Fällen besonderer Schwierigkeit einer Rückabwicklung zu denken ist.⁸⁹ Zum früheren Recht entschiedene Fälle sind allerdings nur begrenzt auf das geltende Recht übertragbar, weil eine vom Verkäufer geleistete Nachbesserung seinerzeit nur auf der Grundlage einer vertraglichen Zusage stattgefunden haben konnte. Immerhin kann im Einzelfall ein Rücktritt wegen eines Mangels gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Käufer die Kaufsache in der – nun auch deutlich längeren – Verjährungsfrist **übermäßig genutzt** hat.⁹⁰ Ein Ausschluss des Rücktrittsrechts ist aber nach neuerem Recht angesichts des Fehlens einer Regel wie § 351 aF darauf zu überprüfen, ob eine starke Nutzung der Kaufsache vor Begründung des Rückgewährschuldverhältnisses nach § 347 abgegolten werden kann.⁹¹ Treuwidrig ist dennoch vielleicht ein Verhalten des Käufers, der die Sache exzessiv weiterbenutzt zu einer Zeit, in der eine Ersatzbestellung unproblematisch gewesen wäre.⁹²

18 **3. Verhältnis zwischen Rücktrittsrecht und anderen Rechten des Käufers. a) Zurückweisungsrecht des Käufers.** Der Käufer, dem eine Sache angeboten wird, die er als mangelhaft

⁸⁵ Bamberger/Roth/*Faust* Rn. 40; aA *Hoffmann* ZRP 2001, 347 (350); *Gsell* JZ 2001, 65 (70); für Richtlinienkonformität *Leible* in Gebauer/Wiedmann *EuropZivilR* Kap. 10 Rn. 103.

⁸⁶ Auch hierzu *Lorenz* NJW 2002, 2497 (2499).

⁸⁷ OLG Saarbrücken NJW 2007, 3503; insoweit zust. *Lorenz/Bauer* FS Kropholler, 2008, 59 (65), die jedoch (66 ff.) Zweifel äußern, ob diese Beschränkung des Rücktrittsrechts richtlinienkonform ist.

⁸⁸ Sonst wäre kein Annahmeverzug möglich, *Lorenz* NJW 2002, 2497 (2499); zu den Folgen auch *Erman/Grünevald* Vor § 437 Rn. 11.

⁸⁹ So für Unternehmenskäufe wegen des häufigen Missverhältnisses der Folgen einzelner in der Praxis häufig außerordentlich weit gespannter „Garantien“ zu den Folgen einer völligen Rückabwicklung (unter Umständen nach mehreren Jahren), s. *Gronstedt/Jürgens* ZIP 2002, 52 (62); *Erman/Grünevald* Rn. 7.

⁹⁰ S. etwa BGH ZIP 1992, 171; 1998, 1724; *Erman/Grünevald* Rn. 7; anders OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 120.

⁹¹ *Erman/Grünevald* Rn. 7; gegen die Anwendbarkeit des § 326 Abs. 5 im Hinblick auf den Rücktritt wegen Mangelhaftigkeit gerade wegen der Streichung des früheren § 351 *Dauner-Lieb/Arnold* FS Hadding, 2004, 25 ff.; aA wegen der gegenüber früher veränderten Verantwortung *Fest* ZGS 2006, 173 (176 ff.).

⁹² Beispiel von *Erman/Grünevald* Rn. 7; nach OLG Celle ZGS 2004, 506 f. kann Treuwidrigkeit auch einem Käufer entgegengehalten werden, der bei der Übergabe von Mängeln erfahren hat.